

Tilburg University

ICT-mediation bij de SGOA

Moerel, E.M.L.

Published in:
Computerrecht

Publication date:
2013

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Moerel, E. M. L. (2013). ICT-mediation bij de SGOA: Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen. *Computerrecht*, 2013(5), 159-177.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Computerrecht, ICT-mediation bij de SGOA. Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Computerrecht 2013/159	Bijgewerkt tot:	20-08-2013
Auteur:	Lokke Moerel en Hans Franken ^[1]		

ICT-mediation bij de SGOA. Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen

Samenvatting

Mediation beleeft de afgelopen jaren een grote vlucht. Voor zakelijke ICT-geschillen bestaat de mogelijkheid van mediation al sinds de oprichting in 1989 van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA). Mediation is een succes gebleken in ICT-geschillen, desondanks bestaan er nog verschillende knelpunten.

Inleiding

De laatste jaren neemt mediation een grote vlucht.^[2] Voor zakelijke ICT-geschillen bestaat de mogelijkheid van mediation al sinds de oprichting in 1989 van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA), en heette toen nog 'minitrial'. Vanaf eerste invoering is mediation in ICT-geschillen een succes gebleken.^[3] Dit lijkt overigens allereerst te wijten aan het feit dat de ICT-sector en ICT-processen een aantal bijzondere kenmerken vertonen,^[4] wat ICT-geschillen minder geschikt maakt voor beslechting door overheidsrechtspraak.^[5] ICT-verhoudingen zijn vaak complexe, commerciële relaties met grote wederzijdse afhankelijkheden tussen opdrachtgevers en leveranciers waardoor eerder de behoefte bestaat aan het voorkomen en beheersen van (escalatie van) geschillen dan aan geschillenbeslechting.^[6] Opvallend is verder het hoge percentage SGOA-mediations dat via een vaststellingsovereenkomst wordt beëindigd.^[7] Sinds de invoering van de mogelijkheid van mediation in ICT-geschillen is er veel gebeurd. Met de toename van het aantal zaken ook op andere rechtsgebieden is deze vorm van geschillenbeslechting volwassen geworden, wat zich uit in de toename van literatuur, artikelen en rechtspraak op dit terrein. Op 21 mei 2008 is de Europese Mediationrichtlijn (2008/52/EG)^[8] in werking getreden. Een hoofdpunt van deze richtlijn is dat deze de vertrouwelijkheid van mediation voorschrijft, inclusief een verschoningsrecht in burgerlijke of handelsrechtelijke procedures voor de mediator en anderen die bij de verlening van de mediation zijn betrokken.^[9] Deze richtlijn ziet echter slechts op grensoverschrijdende mediations. Het wordt aan de lidstaten zelf overgelaten of ze de regeling ook van toepassing verklaren op 'nationale' mediations.^[10] Het wetsvoorstel ter implementatie van de Mediationrichtlijn is inmiddels aangenomen en op 21 november 2012 in werking getreden^[11] (**Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen**).^[12] De wetgever heeft gekozen de regels uit de richtlijn alleen op grensoverschrijdende gevallen van toepassing te laten zijn. Dit in tegenstelling tot een eerder wetsvoorstel, dat ook op nationale mediations zag.^[13] Dit voorstel kon in de Eerste Kamer niet op voldoende steun rekenen. Het belangrijkste knelpunt was dat er nog geen wettelijk verankerde kwaliteitsborgingsregeling was voor mediators, wat een noodzakelijke voorwaarde werd geacht voor het aan mediators toe te kennen verschoningsrecht.^[14] De regering heeft aangegeven dat naar verwachting begin 2013 het wetsvoorstel ter kwaliteitsborging van mediators ter advisering aan de Raad van State zal worden aangeboden.^[15] Verder is vanuit het parlement een initiatiefwetsvoorstel in het vooruitzicht gesteld ter wettelijke verankering van ook nationale mediations^[16] en is een nota met uitgangspunten voor het initiatiefwetsvoorstel gepubliceerd (**Initiatiefnota Mediation**).^[17] Inmiddels zijn enkele voorontwerpen

van wet in consultatie gebracht, welke loopt tot 23 mei 2013.^[18] Ten tijde van deze publicatie waren de definitieve initiatiefwetsvoorstellen nog niet gepubliceerd, maar dus wel de voorontwerpen daarvoor. Op enkele plaatsen zal worden verwezen naar de Initiatiefnota Mediation en naar het voorontwerp voor het Voorstel van wet voor de bevordering van mediation in het burgerlijk recht (**Voorontwerp**).^[19]

In de rechtspraak en literatuur over mediation komen diverse knelpunten naar voren die de aandacht behoeven. De belangrijkste daarvan is de vraag in hoeverre de vertrouwelijkheid van een mediation kan worden gewaarborgd. Daarbij spelen twee elementen een rol: is een contractueel overeengekomen geheimhoudingsplicht afdwingbaar en komt de mediator een verschoningsrecht toe? Een ander knelpunt is de vraag of partijen die in een overeenkomst mediation zijn overeengekomen hieraan kunnen worden gehouden of toch vrij zijn direct naar de rechter te gaan. Een laatste knelpunt dat vaak wordt gesignaleerd is hoe het resultaat van een geslaagde mediation dat doorgaans in een vaststellingsovereenkomst wordt vastgelegd, ook vlot kan worden ten uitvoer gelegd. Een vaststellingsovereenkomst (tenzij deze is vastgelegd in een notariële akte)^[20] is nog geen executoriale titel. Dit betekent dat als één van de partijen de vaststellingsovereenkomst niet nakomt, alsnog in rechte nakoming moet worden gevorderd, wat kosten en tijdsverlies meebrengt. Hoewel de wet ter implementatie van de Mediationrichtlijn slechts ziet op grensoverschrijdende zaken, blijft instructief om voor deze onderwerpen zowel naar de inhoud van de implementatiewet als die van Mediationrichtlijn te kijken, omdat dit een indicatie geeft hoe de Europese en de Nederlandse wetgever deze knelpunten benaderen. Besproken worden ook mogelijke wettelijke oplossingen in de landen België, Duitsland en Frankrijk, waar de Mediationrichtlijn wel ook voor nationale mediations is ingevoerd.^[21] Aanbevelingen worden gedaan welke wettelijke maatregelen voor nationale mediation de voorkeur zouden hebben. Vervolgens wordt beoordeeld in hoeverre de betreffende knelpunten ook bestaan onder het SGOA-ICT-mediationreglement (**SGOA-reglement**). En, indien dit niet het geval of onzeker is, of deze knelpunten door aanpassing van het SGOA-reglement kunnen worden opgelost.

1. Vertrouwelijkheid van de mediation

1.1 Inleiding

Algemeen wordt onderkend dat het borgen van het vertrouwelijk karakter van mediation een voorwaarde is voor het kunnen slagen van de mediation.^[22] In Nederland bestaat geen wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van informatie uit een mediation.^[23] Partijen komen deze vertrouwelijkheid meestal overeen in de tussen hen en de mediator overeengekomen mediationovereenkomst. Uit een beschikking van de Hoge Raad uit 2009 blijkt echter dat een dergelijke door partijen bij overeenkomst vastgestelde vertrouwelijkheid niet onder alle omstandigheden wordt gehonoreerd.^[24] Uit dezelfde beschikking blijkt verder dat de mediator geen beroep toekomt op een verschoningsrecht. Indien de contractuele vertrouwelijkheid niet wordt gehonoreerd, kan dit betekenen dat de mediator of andere partijen die aan de mediation deelnamen, als getuigen kunnen worden gehoord en bijvoorbeeld door partijen in de mediation ingebrachte informatie, ingenomen standpunten en ingebrachte stukken ook in de latere procedure kunnen worden ingebracht. Om dit probleem op te lossen schrijft de Mediationrichtlijn voor dat de lidstaten in hun nationale wetten het vertrouwelijk karakter van mediation tijdens eventuele latere gerechtelijke of arbitrale procedures dienen te borgen.^[25] Zoals aangegeven, ziet de Nederlandse implementatiewet alleen op grensoverschrijdende mediations. Voor nationale mediations blijft dit probleem dus bestaan. Een dergelijke wettelijke bepaling bestaat wel in België, Duitsland en Frankrijk waar de Mediationrichtlijn ook voor nationale mediations is ingevoerd.^[26] Hierna wordt eerst ingegaan op de vraag in hoeverre de vertrouwelijkheidsbepalingen in een mediationovereenkomst en/of een toepasselijk mediationreglement afdwingbaar zijn in een op de mediation volgende procedure of arbitrage in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

1.2 Mediation is overeenkomstenrecht

Mediation is als zodanig niet in de wet geregeld. De verhoudingen tussen de betrokkenen in mediation worden dus bepaald door de afspraken die zij met elkaar maken. Bij een mediation zijn er in beginsel vier relaties te onderscheiden:

1. De relatie tussen partijen onderling.
2. De relatie tussen de mediator en partijen.
3. De relatie tussen de mediator en de mediationorganisatie.
4. De relatie tussen ieder der partijen en de mediationorganisatie.

Relevant voor het volgende is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Derden die geen partij zijn bij een overeenkomst kunnen in beginsel geen verplichtingen worden opgelegd of aan een overeenkomst rechten ontleen. Om de vertrouwelijkheid van een mediation te waarborgen dienen dus in alle vier relaties bindende afspraken ter zake te worden gemaakt. Bedacht moet worden dat partijen vaak nog derden bij een mediation betrekken (zoals (juridisch) adviseurs en deskundigen), waarmee dan eveneens afspraken dienen te worden gemaakt.^[27] Er zijn verschillende mediationorganisaties, waarvan de belangrijkste is het Nederlands Mediation Instituut (NMI).^[28] Bij het NMI zijn bovengenoemde relaties als volgt geregeld. De relatie tussen de mediator en het NMI wordt bepaald door een toetredingsovereenkomst, waarop het NMI-reglement^[29] van toepassing is verklaard. Het NMI-reglement schrijft vervolgens voor dat de mediator voorafgaand aan de mediation met partijen een schriftelijke mediationovereenkomst dient te sluiten waarin het NMI-reglement van toepassing wordt verklaard.^[30]

De reden voor deze constructie is dat een dergelijk reglement is te beschouwen als algemene voorwaarden waarop de regeling voor algemene voorwaarden in overeenkomsten ex artikel 6:231 e.v. BW van toepassing is. Deze regels vereisen dat het reglement voor of tijdens het afsluiten van de overeenkomst aan partijen is verstrekt, en partijen moeten deze voorwaarden aanvaarden. Een andere consequentie van het feit dat sprake is van algemene voorwaarden is de vernietigbaarheid op grond van de artikelen 6:236 en 6:237 jo. 6:233 onder a BW. De vraag van vernietigbaarheid beperkt zich overigens tot de relatie partijen en mediator, en speelt niet tussen partijen onderling. Immers, tussen partijen onderling bestaat in dit opzicht niet de relatie van gebruiker van de algemene voorwaarden en wederpartij zoals omschreven in artikel 6:231 onder b en c BW. Het is daarom aan te bevelen om ook in de mediationovereenkomst zelf een geheimhoudingsbeding op te nemen.^[31] De NMI-Model-mediationovereenkomst bevat in artikel 4 (dan ook) een specifieke geheimhoudingsclausule.^[32]

1.3 Vertrouwelijkheid

Partijen bij een mediation komen meestal overeen dat de mediation een vertrouwelijk karakter heeft. Mediationreglementen bevatten in de regel een dergelijke vertrouwelijkheidsclausule.^[33] Uit HR 10 april 2009 blijkt dat de voor mediation overeengekomen vertrouwelijkheid niet altijd wordt gehonoreerd. De Hoge Raad is van oordeel dat een (gewone) geheimhoudingsbepaling niet afdoende is. Voorwaarde is dat de afspraken over vertrouwelijkheid zijn te karakteriseren als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv.^[34] Het enkele overeenkomen van een geheimhoudingsverplichting rechtvaardigt op zichzelf niet al de conclusie dat er sprake is van een bewijsovereenkomst.^[35] Daarvoor is volgens de Hoge Raad nodig dat de geheimhoudingsplicht expliciet bepaalt dat de geheimhouding van partijen en de mediator **ook geldt jegens de rechters of arbiters in een op de mediation volgende procedure**.^[36] Er mag 'niet spoedig' worden aangenomen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling een bewijsovereenkomst is die bewijsmiddelen beoogt uit te sluiten, aldus de Hoge Raad.^[37] Wordt in het geding geen beroep gedaan op een zodanige bewijsovereenkomst of komt het bestaan daarvan niet vast te staan, dan kunnen in de op een mediation volgende procedure bewijsstukken worden overgelegd, en geldt voor partijen en de mediator dat deze op grond van art. 165 lid 1 Rv verplicht zijn om getuigenis af te leggen.^[38] Een mediator heeft dus geen verschoningsrecht.^[39] Hetzelfde geldt voor de mediator die tevens

advocaat is maar slechts in de hoedanigheid van mediator optreedt.^[40]

Partijen kunnen in een dergelijke bewijsovereenkomst verder niet het bewijs uitsluiten van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv). Voorbeelden hiervan zijn gevallen waarin de wet een geschrift als bewijsmiddel bij uitsluiting voorschrijft zoals art. 7:932 BW over de verzekeringsovereenkomst en art. 61 Fw over bewijs van buiten de gemeenschap gehouden goederen bij faillissement.^[41] Van dergelijke bepalingen afwijkende bewijsovereenkomsten blijven buiten toepassing, omdat deze bepalingen mede de belangen van derden beogen te beschermen.^[42] Volgens Santing-Wubs is verder duidelijk dat de rechter de geheimhoudingsplicht tevens kan negeren wanneer er bijvoorbeeld sprake is van mishandeling van kinderen, de vaststellingsovereenkomst onder dwang tot stand is gekomen, of de mediator zich moet verweren tegen een aansprakelijkheidsstelling vanwege een vermeende beroepsfout.^[43]

Kernbepaling van de Mediationrichtlijn is de regeling over vertrouwelijkheid van mediation en de toekenning van een verschoningsrecht aan de mediator 'en andere personen die bij het verlenen van de mediation zijn betrokken'.^[44] Met het laatste wordt denkkelijk bedoeld op het bureau van het mediationinstituut, een secretaris die de mediator(s) bijstaat e.d.^[45] Hieronder worden niet-partijen zelf begrepen.^[46] Voor partijen dient de contractuele geheimhoudingsplicht soelaas te bieden. Voor grensoverschrijdende mediations is de vertrouwelijkheid van hetgeen in de mediation wordt besproken en het verschoningsrecht van de mediator(s) verankerd in artikel 5 Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen. Opvallend is dat de Nederlandse wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de in de Mediationrichtlijn geboden mogelijkheid^[47] ook een wettelijke regeling in te voeren om de vertrouwelijkheid van documenten uit de mediation te borgen, zoals gespreksverslagen, opgestelde deskundigenrapporten, door een partij ingebrachte stukken die niet in het bezit zijn van de andere partij. De regering heeft inmiddels aangegeven bereid te zijn te bezien of een nadere wettelijke regeling op dit punt wenselijk is.^[48] Het Voorontwerp voorziet wel ook in borging van de vertrouwelijkheid van in mediation ingebrachte documenten.^[49] Vereist is wel dat partijen een mediationovereenkomst sluiten, waarna het Voorontwerp bepaalt dat deze mediationovereenkomst een bewijsovereenkomst is in de zin van artikel 153 Rv en dat (tenzij de mediationovereenkomst anders bepaalt) 'al hetgeen in een mediation aan de orde komt, naar de aard en strekking van de mediationovereenkomst, vertrouwelijk is' en dat 'een partij [...] in en buiten rechte geen beroep [kan] doen op documenten die in het kader van een mediation zijn ingebracht of opgesteld, noch op informatie die in het kader van een mediation is verkregen'. Dit is een prima regeling. Zowel het Belgische als het Duitse recht kennen (naast een verschoningsrecht van de mediator)^[50] een vergelijkbare vertrouwelijkheidsbepaling.^[51] De Belgische wet vereist verder een mediationovereenkomst waarin partijen en de mediator de regels voor het verloop van de mediation alsmede de duur ervan vastleggen.^[52] In de overeenkomst dienen acht verplichte vermeldingen te worden opgenomen, waaronder een bevestiging van het vertrouwelijkheidsprincipe.^[53] Onder de Franse geheimhoudingsbepaling vallen slechts de bevindingen van de mediator en de verklaringen van partijen en strekt zich niet tot documenten die in het kader van een mediation zijn ingebracht of opgesteld.^[54] Dit verdient geen navolging.

1.4 Het NMI-reglement

Het NMI-reglement bevat voor mediations de door de Hoge Raad vereiste expliciete verplichting tot geheimhouding van partijen en mediator jegens rechters en arbiters.^[55] Artikel 4 lid 2 NMI-Model-mediationovereenkomst bepaalt verder uitdrukkelijk dat de overeenkomst in samenhang met het NMI-reglement 'als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW jo. artikel 153 Rv heeft te gelden' en dat 'mediator en partijen [...] de bedoeling hebben om daarmee op onderdelen af te wijken van het wettelijk geldende bewijsrecht om daarmee de gewenste vertrouwelijkheid te waarborgen'. De rechtspraak bevestigt ook dat indien een mediationovereenkomst het NMI-reglement van toepassing verklaart, dit als een geldige

bewijsovereenkomst heeft te gelden.^[56] In dat geval zijn zowel de verklaringen gedaan en de stukken overgelegd in de mediation uitgesloten van het bewijs in de op de mediation volgende procedure.^[57] Bij NMI-mediations is de vertrouwelijkheid van de mediation derhalve afdoende geborgd.

1.5 Het SGOA-reglement

In het SGOA-ICT-mediationreglement^[58] (**SGOA-reglement**) staat de volgende geheimhoudingsbepaling:

- “8.2** Partijen verplichten zich tijdens enige gerechtelijke of arbitrale procedure zich niet zullen beroepen op:
- a. opvattingen of suggesties gedaan door een der partijen tijdens de ICT-mediationprocedure;
 - b. voorstellen gedaan door de mediationcommissie en/of de mediators;
 - c. het feit dat één der partijen tijdens de ICT-mediationprocedure heeft medegedeeld dat hij bereid was een bepaald schikkingsvoorstel te accepteren.
- 8.3** Tenzij dit schriftelijk anders is overeengekomen zullen partijen aan derden geen informatie verstrekken over de procedure bij de mediationcommissie. Deze plicht tot geheimhouding is ook van toepassing op de mediators en op eventueel bij het werk van de mediationcommissie betrokken derden.
- 8.4** Tenzij anders tussen partijen overeengekomen, zullen de mediators noch als rechter, arbiter, advocaat of adviseur in enige gerechtelijke of arbitrale procedure betreffende het bij de ICT-mediation behandelde geschil optreden.”

Anders dan het NMI-reglement^[59], schrijft het SGOA-reglement niet voor dat de mediator voorafgaand aan de mediation met partijen een schriftelijke mediationovereenkomst dient te sluiten. In de SGOA-mediationpraktijk wordt afhankelijk van de aangestelde mediator wel of niet een dergelijke mediationovereenkomst gesloten.^[60] Het SGOA-reglement wordt door de SGOA al afdoende van toepassing geacht op de mediation (en de vertrouwelijkheid derhalve geborgd) door het feit dat:

1. Partijen in de onderliggende ICT-overeenkomst mediation bij de SGOA zijn overeengekomen conform het SGOA-reglement.^[61]
2. De SGOA, het SGOA-reglement toestunt aan de partijen en het reglement van toepassing verklaart in de aan partijen verstuurde bevestiging.
3. De SGOA de mediator bindt aan het SGOA-reglement wanneer hij/zij schriftelijk de opdracht van de SGOA aanvaardt om als mediator op te treden.

1.5.1 Is het SGOA-reglement geldig van toepassing op alle relaties?

Eerder zijn in mediation vier relaties onderscheiden. Het eerste dat opvalt, is dat met de door SGOA gekozen constructie, één relatie niet wordt geregeld, namelijk die tussen partijen en de mediator. De mediator is uitsluitend aan het SGOA-reglement gebonden jegens de SGOA en niet tevens ook jegens partijen. Dit is wel een vereiste willen partijen in een eventuele na de mediation volgende procedure of arbitrage de vertrouwelijkheid jegens de mediator kunnen afdwingen.

Een vergelijkbaar probleem ontstaat indien partijen niet in hun ICT-overeenkomst SGOA-arbitrage conform het SGOA-reglement zijn overeengekomen, maar bijvoorbeeld uit zichzelf besluiten mediation via SGOA te initiëren. In dat geval geldt het SGOA-reglement (en dus de vertrouwelijkheidsbepaling) niet tussen partijen onderling, maar uitsluitend voor de relatie tussen ieder der partijen jegens SGOA. Dit is uiteraard een onwenselijke situatie. Beide tekortkomingen kunnen eenvoudig worden opgelost door (conform het NMI-reglement) de mediators in het SGOA-reglement te verplichten telkens voorafgaand aan een mediation een schriftelijke mediationovereenkomst te sluiten met partijen waarin het SGOA-reglement van toepassing wordt verklaard en tevens een vergelijkbare geheimhoudings- en bewijsbepaling wordt opgenomen als in artikel 4 NMI-reglement. De mediator dient er verder voor te zorgen dat ook derden die door partijen bij de mediation worden betrokken zich tot geheimhouding

1.5.2. Is de SGOA-vertrouwelijkheidsclausule dekkend?

Artikel 8.3 SGOA-reglement bepaalt uitsluitend dat partijen zich in een vervolgpcedure niet zullen beroepen op 1. opvattingen of suggesties gedaan door één der partijen tijdens de ICT-mediationprocedure; 2. voorstellen gedaan door de mediationcommissie en/of de mediators; en/of 3 het feit dat één der partijen tijdens de ICT-mediationprocedure heeft meegedeeld dat hij bereid was een bepaald schikkingsvoorstel te accepteren. Deze verplichting strekt zich dus niet uit tot tijdens de mediation ingebrachte bewijsstukken, opgestelde rapportages, ingebrachte of opgestelde expertrapporten e.d. Het behoeft geen toelichting dat dit het vertrouwelijk karakter van een mediation kan schaden. Niet kan worden aangenomen dat deze verplichting voortvloeit uit de algemene geheimhoudingsplicht in artikel 8.3 SGOA-reglement van partijen en de mediator jegens derden 'over de procedure bij de mediationcommissie'. Zoals hiervoor toegelicht, vereist de Hoge Raad voor het aannemen van een bewijsovereenkomst uitdrukkelijk dat geheimhouding jegens rechtbank en arbiters wordt overeengekomen. Dit kan niet in een algemene geheimhoudingsverplichting worden 'ingelesen'.^[63] Ter vergelijking: het NMI-reglement legt een geheimhoudingsplicht op aan zowel partijen als de mediator met betrekking tot zowel de gedane verklaringen en het procesverloop, als bewijsstukken die tijdens de mediation aan bod zijn gekomen.^[64] De mediator dient er ingevolge het NMI-reglement verder voor zorg voor te dragen dat alle personen die betrokken worden bij de mediation een geheimhoudingsverklaring ondertekenen, waardoor ook eventuele derden gebonden zijn aan de geheimhouding.^[65] Het verdient aanbeveling het SGOA-mediationreglement op eenzelfde wijze uit te breiden. In de tussentijd zullen mediator en partijen er zelf op dienen toe te zien dat de vertrouwelijkheid afdoende in de mediationovereenkomst wordt geborgd.

2. Toegang tot de rechter of arbiter bij overeengekomen mediation

2.1 Inleiding

Wanneer partijen mediation zijn overeengekomen, zijn zij dan verplicht hier hun medewerking aan te verlenen, of kunnen zij zich alsnog direct tot de rechter wenden?^[66] De rechtspraak laat zien dat partijen niet altijd aan een afgesproken mediation kunnen worden gehouden. Mediation is in beginsel vrijwillig, waaronder wordt verstaan dat een partij in beginsel niet tegen zijn zin in een mediation kan worden betrokken en verder vrij is om een eenmaal begonnen mediation op elk moment te beëindigen.^[67] Gezien de bijzonder goede resultaten die de SGOA-mediationprocedures laten zien (waarbij de ervaring van de auteurs is dat betrokken partijen bij aanvang van de mediation in de meeste gevallen echt niet de verwachting hadden in mediation tot een schikking te komen) zou wenselijk zijn partijen wél een verplichting tot het beproeven van mediation te kunnen opleggen. Hierna wordt beoordeeld hoe een dergelijke wettelijke verplichting eruit kan zien en of een dergelijk verplichting ook via implementatie in het SGOA-reglement kan worden bereikt.

2.2 Hoofregel

In een beschikking van 20 januari 2006 heeft de Hoge Raad in een familierechtelijke kwestie bepaald dat partijen niet aan een afgesproken mediation kunnen worden gehouden. In deze zaak verklaarden voormalig man en vrouw zich bereid tot mediation tijdens de behandeling van een verzoek tot wijziging van alimentatie in hoger beroep. Kort hierna liet de vrouw weten definitief af te zien van het inschakelen van een mediator op financiële maar vooral op emotionele gronden. Het hof oordeelde dat voor een succesvolle verwijzing naar mediation de duurzame instemming van beide partijen is vereist, die nu ontbrak. Bij de Hoge Raad betoogde de man dat het hof partijen ten onrechte niet had doorverwezen naar mediation. De Hoge Raad overweegt dat het hier 'gaat [...]' om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van

mediation te bereiken. Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen'.^[68] De aard van mediation heeft blijkens deze uitspraak tot gevolg dat partijen niet kunnen worden gehouden hier hun medewerking aan te blijven verlenen. De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van A-G Huydecoper, die nog wel opmerkt dat er gevallen denkbaar zijn waarin één der partijen wordt verplicht om mee te werken aan een mediationpoging, bijvoorbeeld wanneer partijen overeengekomen zijn 'dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan'.^[69] In zijn conclusie maakt Huydecoper geen verschil tussen particuliere en professionele partijen. De door de Hoge Raad ingezette lijn is in latere beschikkingen (eveneens in familierechtelijke kwesties) bevestigd.^[70] De lijn is (in eerste instantie) in de lagere rechtspraak doorgezet, zij het dat in de betreffende zaken eveneens telkens sprake was van afspraken waarbij in ieder geval één particulier betrokken was.^[71]

Denkbaar blijft derhalve dat voor professionele partijen die mediation overeenkomen de situatie anders is. In de literatuur werd hier in eerste instantie verschillend over gedacht. Santing-Wubs was van oordeel dat gedwongen mediations 'al gauw in strijd zijn met art. 17 Gw en art. 6 EVRM, waarin het recht op toegang tot de overheidsrechter is vastgelegd'.^[72] Santing-Wubs geeft daarbij aan dat wat betreft kleine bedrijven in ieder geval een soort 'reflexwerking' van de lijn die de Hoge Raad voor particulieren heeft ingezet van toepassing zou moeten zijn.^[73]

Van Schelven meent daarentegen dat een algemene regel over de afdwingbaarheid van een overeenkomst tot mediation niet is te geven, en dat deze afdwingbaarheid afhangt van een aantal factoren, zoals de bewoording van de mediationafspraken, de context van de mediationafspraken (betreft het een ad-hocafspraken of een onderdeel van een meeromvattend contract), de hoedanigheid van partijen (een afspraak tussen 'twee ex-geliefden' is van een andere orde dan die tussen twee bedrijven), de wijze van totstandkoming van de mediationafspraken (afspraken die het resultaat zijn van onderhandelingen komen meer gewicht toe dan eenzijdig opgelegde bepalingen), het type conflict waarop de mediationafspraken ziet (een mediationafspraken die ziet op een specifiek soort geschillen telt zwaarder dan een generieke afspraak die betrekking heeft op alle denkbare conflicten), en het kenbare belang van de partijen bij mediation als wijze van geschilbehandeling (het belang bij mediation in geval van langlopende relaties of gedurende projecten weegt zwaarder dan in het geval er geen lopende relatie is).^[74] Uit de opsomming door Van Schelven is duidelijk dat bij ICT-geschillen tussen bedrijven waar sprake is van een lopende relatie een mediationclausule in de regel afdwingbaar zou moeten zijn. Met Van Schelven is ook Santing-Wubs (inmiddels) van oordeel dat een maximale vrijheid van partijen om een overeengekomen mediationafspraken te negeren onbevredigend is. Santing-Wubs is van oordeel dat terugtrekking mogelijk moet zijn, maar pas wanneer partijen een eerste poging tot mediation hebben ondernomen.^[75] Van Schelven gaat verder. Hij acht een maximale vrijwilligheid van mediation een 'miskennis van de interventietechnieken waarover een goede mediator geacht wordt te beschikken[...]. Het kan een goede mediator wellicht lukken partijen op zinvolle wijze aan de praat te krijgen'.^[76] Van Schelven wijst verder op het NMI-reglement dat niet alleen een inspanningsverplichting tot het **starten** van een mediation bevat, maar ook een verplichting van partijen te trachten hun conflict in eerste instantie langs de weg van mediation **op te lossen**.^[77] Ook de mediationclausule in de ICT-Office Voorwaarden 2009,^[78] is dwingend geformuleerd, zij het dat de contractuele verplichting is beperkt tot het bijwonen van ten minste één gezamenlijke bespreking van mediator(s) en partijen.^[79] Beide clausules zijn echter nog niet in de rechtspraak getoetst. Inmiddels lijkt echter in de literatuur wel overeenstemming te zijn dat een zakelijke partij een zorgvuldig geformuleerde mediationclausule niet zomaar zou moeten kunnen negeren.^[80]

Voor de vraag hoever de betreffende inspanningsverplichting nu precies dient te gaan, is naar onze ervaring als SGOA-mediators dat partijen bij een SGOA-mediation niet aanschuiven met de verwachting dat de mediation succesvol zal zijn. Integendeel, het conflict is in dat stadium vergaand geëscaleerd en de

verwachting van partijen op een succesvolle uitkomst navenant laag. Partijen zitten er slechts omdat ze het zijn overeengekomen. Eenmaal aan de mediationtafel gezeten is echter onze ervaring dat partijen een serieuze poging doen om het geschil onder leiding van de mediators te bespreken en dat de mediation in ieder geval wordt gezien als een mogelijkheid om voorafgaand aan een procedure een objectieve ‘sanity check’ te krijgen van hun juridische posities. Naar de mening van auteurs is het juist de vrijwilligheid van mediation die maakt dat partijen vaak door de mediators kunnen worden ‘verleid’ toch verder te onderhandelen en tot creatieve oplossingen te komen. Mocht een partij echt niet willen, dan is het lastig ‘hazen vangen’. Een bij wet verplichte inspanning om het geschil daadwerkelijk op te lossen lijkt ons niet haalbaar en zelfs contraproductief. Een verplichting echter om aan een eerste mediationbijeenkomst deel te nemen en daar constructief de positie uiteen te zetten en te luisteren naar de positie van de wederpartij (dit conform de mediationclausule in de ICT-Office Voorwaarden 2009) is echter niet te veel gevraagd en gezien de goede resultaten met mediation volstrekt gerechtvaardigd. Voor auteurs is geen zinnig argument te bedenken waarom mediation onder alle omstandigheden bij het vastlopen van een contractuele relatie geheel vrijwillig zou dienen te zijn. Inmiddels lijkt de rechtspraak zich wat betreft geschillen tussen bedrijven ook in deze zin te ontwikkelen. In 2004 oordeelde de Rechtbank Arnhem in een conflict tussen twee IT-bedrijven dat eiser niet-ontvankelijk was omdat de algemene voorwaarden die op de overeenkomst tussen partijen van toepassing waren een mediationclausule van de SGOA bevatte.^[81] Ook het hiervoor door Santing-Wubs genoemde bezwaar dat gedwongen mediation ‘al gauw in strijd is met art. 17 Gw en art. 6 EVRM’,^[82] is inmiddels achterhaald. In 2010 oordeelde het Europese Hof van Justitie dat de wettelijke verplichting tot een gang naar de mediator voorafgaand aan de rechter geen inbreuk maakt op artikel 6 EVRM, mits deze procedure niet tot een bindende beslissing voor de partijen leidt, en geen wezenlijke vertraging voor het instellen van een beroep bij de rechter meebrengt.^[83] In lijn met dit arrest bepaalt de Mediationrichtlijn dat de lidstaten in hun nationale wetgeving ‘het gebruik van bemiddeling/mediation voor of aan het begin van de gerechtelijke procedure verplicht kunnen stellen, dan wel met stimulansen of sancties kunnen bevorderen, mits partijen niet worden belet hun recht van toegang tot de rechter uit te oefenen’.^[84] Om dit laatste te borgen bepaalt de Mediationrichtlijn vervolgens dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat partijen die voor mediation kiezen, daarna niet worden belet een gerechtelijke procedure of arbitrage aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens het mediationproces.^[85] In de Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen is het honoreren van een mediationclausule niet verplicht gesteld, hetgeen auteurs een als gemiste kans voorkomt. De stuiting van verjaring is wel geïmplementeerd.

“Artikel 6

1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door de aanvang van mediation.
2. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag volgend op de dag dat de mediation is geëindigd doordat een van de partijen of de mediator aan de andere partij schriftelijk heeft meegedeeld dat de mediation is geëindigd of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling is verricht. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn doch maximaal drie jaar. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.”

Opvallend is dat zowel de Mediationrichtlijn als de Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen openlaten op welk moment de mediation wordt geacht een aanvang te hebben genomen. Dit terwijl het aanvangstijdstip van een mediation in de praktijk niet altijd eenvoudig is te bepalen.^[86] De regering heeft aangegeven dat het Europese Hof van Justitie hier zo nodig maar meer duidelijkheid over dient te verschaffen.^[87] Inmiddels onderzoekt de regering de mogelijkheden voor het eventueel wettelijk afdwingbaar maken van (bepaalde) mediationclausules ook voor nationale mediations.^[88] Ook de Initiatiefnota Mediation en het Voorontwerp staan voor dat uitdrukkelijk overeengekomen

mediationclausules bindend zijn.^[89] De gekozen oplossing is in lijn met de Belgische wettelijke regeling^[90] en houdt in dat de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt de behandeling van de zaak opschort indien blijkt dat door partijen geen uitvoering is gegeven aan de mediationclausule. Het geding wordt pas hervat nadat de mediation zonder overeenstemming is beëindigd. Dit lijkt ons een werkbare wettelijke regeling. Overigens kennen Duitsland en Frankrijk geen wettelijke regeling dat mediationclausules bindend zijn, nu dit op grond van de jurisprudentie al geldend recht was.^[91]

Positief is verder dat het Voorontwerp wel een specifiek moment voorstelt voor de aanvang van de mediation, namelijk het tijdstip waarop de mediator en de partijen de mediationovereenkomst hebben ondertekend. Dit is wat ons betreft een te laat moment. Meer voor de hand ligt de datum aan te houden van indienen van het inleidend verzoek tot mediation, omdat vanaf dat moment bijvoorbeeld intakegesprekken met de mediator kunnen plaatsvinden of door tussenkomst van het mediationinstituut informatie kan worden uitgewisseld, hetgeen tijdsverloop mee kan brengen. Ons voorstel is, als datum voor aanvang van de mediation de datum van indiening van het bemiddelingsverzoek aan te houden. Dit is conform de Belgische regeling, waarbij de datum van indiening van het bemiddelingsverzoek geldt als de datum van aanvang van de mediation.^[92] Indiening van het bemiddelingsverzoek schort vervolgens de verjaringstermijn op met 1 jaar.^[93] Indien de andere partij gevolg geeft aan het verzoek blijft de verjaringstermijn vervolgens opgeschort voor de duur van de mediation.^[94] Ook dit is een prima regeling. Frankrijk en Duitsland bepalen geen moment voor aanvang van de mediation.

Alle (voorgestelde) stuitingsbepalingen (zowel in de Mediationrichtlijn, de Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen als in het Voorontwerp) voorzien slechts in opschorting van toepasselijke verjaringstermijnen. Er gelden echter ook wettelijke (en vaak ook contractuele) **vervaltermijnen**. In de literatuur wordt niet uitgesloten dat een rechter zal menen dat een bepaalde vervaltermijn naar zijn functie zo lijkt op een **verjaringstermijn** dat hierop de betreffende stuitingsregeling van toepassing zou moeten zijn.^[95] Wat hiervan zij, aan te bevelen is in een toekomstige wettelijke regeling te bepalen dat zowel verjarings- als vervaltermijnen door mediation worden opgeschort.

Tot slot een opmerking over de duur van de mediation. Wettelijk dient te worden geborgd dat mediation zonder wezenlijke vertraging wordt afgehandeld. Niet afdoende is een verplichting van de mediator en partijen om zich in te spannen de mediation voortvarend te laten verlopen.^[96] Bezwaarlijke vertraging treedt in mediation vaak op doordat partijen niks doen en de mediation daardoor maar voortduurt. Het dient de taak van de mediator te zijn een redelijke termijn te bewaken door een termijn te stellen en zelfstandig de mediation te beëindigen indien deze verstrijkt, dit zonder dat hier een verklaring door (een van) de partijen is vereist. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen. Het Voorontwerp bepaalt wel dat indien in een mediation na zes maanden geen handelingen van betekenis zijn verricht, de mediator de mediation door schriftelijke kennisgeving aan de betrokken partijen dient te beëindigen.^[97] Auteurs komt de termijn van 6 maanden lang voor, een termijn van 3 maanden zou te prefereren zijn. Zowel de Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen en het Voorontwerp bevatten verder een bepaling dat verjaring weer een aanvang neemt doordat in de mediation gedurende een periode van 6 maanden door geen van de partijen enige handeling is verricht.^[98] Ook hier geldt dat deze termijn auteurs te lang voorkomt. Een strikter voorbeeld is de Belgische regeling ingevolge waarvan gerechtelijke mediations binnen 3 maanden dienen te worden afgerond, tenzij uitstel is verzocht en verkregen van het betreffende gerecht.^[99] De Belgische literatuur ziet als verzuim dat een dergelijke bepaling niet ook is opgenomen voor buitengerechtelijke mediations.^[100] Voor buitengerechtelijke mediations geldt nu dat de schorsing van de verjaringstermijn pas eindigt door kennisgeving bij aangetekende brief door één der partijen of de mediator van de wil om de mediation te beëindigen. Er is echter geen verplichting voor de mediator om na een bepaalde periode van inactiviteit aan de mediation een eind te maken. Nogmaals, dat zou wel aan te bevelen zijn.

2.3 Het SGOA-reglement

Mits mediation via het SGOA-reglement zonder wezenlijke vertraging wordt afgewikkeld^[101], is onze conclusie dat de SGOA-mediationclausule in de regel in rechte stand dient te houden. De rechtbank (of arbiter) dient de eisende partij in dat geval niet-ontvankelijk te verklaren.^[102] Dit geldt eveneens in het geval dat partijen voor beslechting van hun geschillen SGOA-arbitrage zijn overeengekomen. Aan te bevelen is klip-en-klaar in het SGOA-**arbitragereglement** op te nemen dat indien partijen mediation zijn overeengekomen de SGOA-arbitrage wordt aangehouden totdat partijen eerst mediation hebben beproefd.^[103] Nu is slechts de omgekeerde situatie geregeld, waar artikel 8.1 SGOA-reglement^[104] bepaalt dat partijen gedurende de mediation geen gerechtelijke of arbitrale procedures zullen aanvangen of voortzetten, tenzij dit noodzakelijk is voor behoud van rechten, zoals het verlopen van termijnen of voor treffen van conservatoire maatregelen. Om te ondervangen dat partijen gedurende de mediation gedwongen worden dergelijke procedures in te stellen, is de aanbeveling om in het SGOA-reglement te bepalen dat voor de duur van de mediation toepasselijke verjarings- of vervaltermijnen worden opgeschort. Om discussie te voorkomen vanaf welke datum de termijnen worden opgeschort is aan te bevelen ook in het SGOA-reglement te bepalen op welk moment de mediation wordt geacht een aanvang te hebben genomen. Zoals aangegeven, ligt voor de hand hiervoor de datum van ontvangst door de SGOA van het inleidend verzoek tot mediation aan te houden. Tot slot dient in het SGOA-reglement te worden geborgd dat mediation zonder wezenlijke vertraging wordt afgehandeld. Zoals aangegeven is niet afdoende een verplichting van de mediator en partijen om zich in te spannen de mediation voortvarend te laten verlopen.^[105] Ook de bepaling in het SGOA-reglement dat mediators een in redelijkheid te bepalen en te verlengen termijn kunnen stellen om een schikking te treffen, en dat de mediation eindigt als **partijen of een partij het bureau vervolgens schriftelijk meedelen** dat geen schikking is getroffen, is niet afdoende. Bezwaarlijke vertraging treedt vaak op indien partijen in het geheel niks doen. Het dient de taak van mediators te zijn de redelijke termijn te bewaken door een termijn te stellen en zelfstandig de mediation te beëindigen indien deze verstrijkt zonder dat hier een verklaring door (een van) de partijen is vereist.^[106] Verder is aan te bevelen (conform het hiervoor geciteerde artikel 6 Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen en het Voorontwerp) een bepaling op te nemen dat verjaring weer een aanvang neemt doordat in de mediation gedurende een bepaalde periode (auteurs komt een periode van 3 maanden redelijk voor) door geen van de partijen enige handeling is verricht.^[107] Ook hier is de aanbeveling dat mediator en partijen in afwachting van de aanpassingen van het SGOA-reglement zelf in de mediationovereenkomst kunnen bepalen dat toepasselijke verjarings- of vervaltermijnen worden opgeschort voor de duur van de mediation en dat deze termijnen weer een aanvang nemen zodra gedurende een periode van 3 maanden door geen van partijen enige handeling is verricht.

3. Tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst

3.1 Inleiding

Algemeen wordt onderkend dat de tenuitvoerlegging van een via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst dient te worden vergemakkelijkt.^[108] Tenzij de vaststellingsovereenkomst is vastgelegd in een notariële akte,^[109] vergt dit dat eerst in rechte nakoming van de vaststellingsovereenkomst moet worden gevorderd, waarmee dan een executoriale titel kan worden verkregen. Het is duidelijk dat hier verbetering mogelijk is. Een treffend voorbeeld is een Duitse wetbepaling die schikkingen die advocaten namens hun cliënten treffen onder voorwaarden voor tenuitvoerlegging vatbaar maakt.^[110] De vraag die hierna wordt behandeld is welke wettelijke regeling de voorkeur verdient en of in de tussenperiode het SGOA-reglement hier ook een oplossing kan bieden, en zo ja, welke.

3.2 Juridische oplossingen

Artikel 6 Mediationrichtlijn bepaalt dat lidstaten het mogelijk moeten maken dat de (inhoud van een) in mediation bereikte schriftelijke overeenkomst desgevraagd, met instemming van alle betrokken partijen, door een rechterlijke of andere bevoegde instantie uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard bij vonnis, arrest of authentieke akte. In Nederland bestaat die mogelijkheid al bij mediation tijdens een dagvaardingsprocedure, door het schikkingsresultaat op te nemen in 1. een proces-verbaal van een comparitie dat in executoriale vorm is opgemaakt^[111]; of 2. een rechterlijk vonnis. De Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen voorziet nu ter implementatie van artikel 6 Mediationrichtlijn ook in de mogelijkheid om het proces-verbaal van een in een **verzoekschrift**procedure overeengekomen schikking in executoriale vorm op te maken.^[112] Dit geldt echter uitsluitend voor grensoverschrijdende geschillen en de aanbeveling is dan ook dit ook voor nationale geschillen door te voeren.^[113]

Een verdergaande oplossing die in de literatuur wordt voorgestaan is om ook aan buitengerechtelijke mediations de mogelijkheid te bieden op eenvoudige wijze een executoriale titel te verkrijgen.^[114] Dit op eenzelfde voet als voorzien in het Belgische recht, waar de Belgische rechter op verzoek van (één der) partijen een onder leiding van een erkend bemiddelaar tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst na mediation executabel kan verklaren, behoudens bij strijdigheid met de openbare orde of met de belangen van minderjarige kinderen.^[115] In Frankrijk kan de rechter de overeengekomen vaststellingsovereenkomst enkel bekrachtigen als beide partijen hiertoe instemmen.^[116] De Duitse wet voorziet in verschillende mogelijkheden om een bij een erkende geschillenbeslechtingssentiteit bereikte vaststellingsovereenkomst executabel te verklaren.^[117] Indien beide partijen hiermee hebben ingestemd kan dit door de advocaten van beide partijen of door de notaris.^[118] Op verzoek van één der partijen kan alleen de rechtbank de executoriale titel verlenen.^[119] Het Duitse recht schept nog een andere interessante mogelijkheid, hier wordt de mogelijkheid gecreëerd dat het Ministerie van Justitie de voorzitter van een geschillenbeslechtinginstantie machtigt om bij deze instantie bereikte overeenkomsten direct executoriale kracht toe te kennen.^[120] Voor zover bekend is echter nog geen enkele entiteit hiertoe gemachtigd. In de Initiatiefnota Mediation en het Voorontwerp wordt een wettelijke voorziening voorgestaan op grond waarvan een in mediation bereikte vaststellingsovereenkomst op eenvoudige wijze aan de kantonrechter kan worden voorgelegd, die daaraan executoriale kracht kan verlenen.^[121] Nadeel daarvan is dat dit alleen op verzoek van **beide** partijen kan gebeuren. Dit dient dan gelijk bij sluiten van de vaststellingsovereenkomst te worden overeengekomen. Gebeurt dit niet direct en komt een partij op een later moment de vaststellingsovereenkomst niet na, dan zal deze ook geen instemming verlenen om alsnog via deze procedure een executoriale titel te verkrijgen. Een wettelijke regeling zoals in België waarbij ieder der partijen om een executoriale titel kan verzoeken, ligt meer voor de hand. Verder is nuttig een voorziening zoals in Duitsland toe te voegen, waar met instemming van beide partijen aan schikkingen bereikt door advocaten direct executoriale kracht wordt verbonden.^[122] Een dergelijke bepaling zou kunnen worden opgenomen voor schikkingen bereikt onder bemiddeling van erkende mediators.

3.3 Het NAI-reglement

Het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI)^[123] probeert de tenuitvoerlegging van een in mediation bereikte schikking te vergemakkelijken door in het NAI-reglement^[124] te bepalen dat partijen en de mediator kunnen overeenkomen dat de vaststellingsovereenkomst zal worden vastgelegd in een arbitraal schikkingsvonnis dat volgens de regelen inzake arbitrage wel voor tenuitvoerlegging in aanmerking komt (artikel 1069 Rv). Om de arbitrage vervolgens te faciliteren bepaalt het NAI-reglement dat deze afspraak tevens zal gelden als een overeenkomst tot arbitrage, mede inhoudende de benoeming van de mediator(s) tot arbiter(s).^[125] In de literatuur is de vraag opgeworpen of dit wel een 'reële' arbitrageovereenkomst als bedoeld in artikel 1020 lid 1 Rv vormt en of het daarop gebaseerde schikkingsvonnis stand kan houden (vgl. artikel 1069 lid 2 (a) Rv).^[126] Dit eventuele gebrek lijkt te kunnen

worden ondervangen door expliciet in de vaststellingsovereenkomst op te nemen dat arbitrage wordt overeengekomen en dat de mediator als enig arbiter wordt aangewezen. Een mogelijkheid is ook om niet direct al een arbitraal schikkingsovereenkomst te laten opmaken, maar die mogelijkheid te bieden zodra één van partijen tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen onder de vaststellingsovereenkomst. Zo hebben auteurs als SGOA-mediator in vaststellingsovereenkomsten wel de volgende bepaling opgenomen:

“Partijen spreken af dat indien de partij A tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen onder deze vaststellingsovereenkomst, partij B gerechtigd is een arbitrage procedure te initiëren bij de SGOA (zonder eerst een mediation te initiëren) ter verkrijging van een executoriale titel voor de tenuitvoerlegging van deze vaststellingsovereenkomst. Partijen wijzen hierbij bij voorbaat aan als enig arbiter [de mediator].”

3.4 Herziening van het SGOA-reglement

Het SGOA-reglement kent geen bepaling ter facilitering van de tenuitvoerlegging van vaststellingsovereenkomsten bereikt in SGOA-mediations. Dit is wel aan te bevelen, omdat anders alsnog een executoriale titel dient te worden verkregen met alle kosten en tijdsverloop van dien. De regeling van het NAI-reglement is daartoe een goede aanzet, mits daarbij ook in de model-mediationsovereenkomst (of eventueel de template vaststellingsovereenkomst) een bepaling wordt opgenomen dat bij niet-nakoming van een in mediation bereikte vaststellingsovereenkomst op verzoek van de geëigende partij een SGOA-arbitrage kan worden ingesteld ter verkrijging van een executoriale titel en dat de mediator daarbij bij voorbaat als enig arbiter wordt aangewezen. Partijen bij een SGOA-mediation kunnen er zelf ook op toezien dat dit wordt opgenomen in hun mediation- of vaststellingsovereenkomst.

4. Conclusie

Wat betreft de gesignaleerde knelpunten is onze conclusie dat het huidige Nederlandse recht op zijn minst als mediationonvriendelijk kan worden bestempeld door wat betreft nationale mediations: 1. de vertrouwelijkheid niet te borgen; 2. partijen vrij te laten overeengekomen mediation te negeren en zich direct tot de rechter te wenden; en 3. niet te borgen dat een in mediation overeengekomen vaststellingsovereenkomst ook vlot ten uitvoer kan worden gelegd. Onze conclusie is dat hoewel de Nederlandse Wet ter implementatie van de Mediationrichtlijn slechts ziet op grensoverschrijdende mediations, deze toch richtinggevend kan zijn voor de oplossing van de gesignaleerde knelpunten ook voor nationale mediations. De aanbeveling is allereerst om de gesignaleerde knelpunten te adresseren door de Mediationrichtlijn ook voor nationale mediations in te voeren (zoals ook gedaan in Frankrijk, Duitsland en België). In afwachting daarvan kan voor nationale SGOA-mediations een vergelijkbaar resultaat worden bereikt door het SGOA-mediationreglement en het SGOA-arbitragereglement aan te passen. Gezien de goede ervaringen met SGOA-mediations is onze aanbeveling deze wijzigingen zo spoedig mogelijk door te voeren zodat onnodige discussies en procedures over de in deze publicatie gesignaleerde knelpunten kunnen worden voorkomen. In aanloop daarop zullen (advocaten van) partijen in SGOA-mediations zelf de mediation- en vaststellingsovereenkomsten kunnen aanvullen om problemen te voorkomen.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Lokke Moerel en Hans Franken zijn beiden geregistreerd NMI-mediator en mediator bij de SGOA. Prof. mr. L. Moerel is advocaat ICT bij De Brauw Blackstone Westbroek en tevens hoogleraar Global ICT Law, Tilburg Institute of Law, Technology and Society, Tilburg University. Prof. mr. H.H. Franken is hoogleraar ICT-recht, Universiteit van Leiden en tevens lid van de Eerste kamer. Hij is een van de oprichters van de SGOA en lid van de Raad van Advies van het NMI.
- [2] Tussen 2004 en 2011 is het totaal aantal mediations gestegen en is zelfs het aantal NMI-mediations en de jaaromzet per mediator verdubbeld. R.J.M. Vogels, De stand van Mediation in Nederland (marktonderzoek

- onder NMI-mediators van 17 november 2011), Zoetermeer: Stratus, p. 10 en 12-13; ook uit een onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie uit 2008 blijkt een stijgende lijn: Mediation Monitor 2005-2008 (onderzoek naar het gebruik van mediation na verwijzing, WODC 1330C), Den Haag: WODC 2009, p. 12. Overigens zijn er ook kritische geluiden te horen, zie bijvoorbeeld B. Baarsma, 'Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt?', *NJB* 2012/3, p. 14.
- [3] Zie voor aantallen en slagingspercentage de website van de SGOA, te vinden op www.sgoa.org/diensten/verstandig-oplossen.aspx. Zie ook M. Taeymans en E. Valgaeren, CEPINA effent de weg naar ICT-meditatie, Nederlands-Vlaams *tijdschrift voor Mediation* en conflictmanagement 2009 (13)3, p.
- [4] J. Dumortier, Typologie van de informaticageschillen, in: Informaticageschillen, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1992, p. 7 e.v. Zie voor een korte samenvatting van de verschillen: Taeymans en Valgaeren, nr. 3, p. 6-7.
- [5] Dit onderwerp is al uitvoering in de literatuur en ook in Computerrecht aan de orde gekomen en zal voor dit artikel als uitgangspunt worden genomen. De belangrijkste oorzaak is dat voor de beslechting van ICT-geschillen technische IT-kennis, kennis van de IT-branche en van het gebruikte IT-jargon nodig is om voor rechters tot de kern van het geschil te kunnen komen. De ontwikkelingen gaan daarbij zo snel dat lastig van rechters kan worden verwacht hiervan op de hoogte te blijven. Doordat IT-projecten vaak langer lopen, dient snel te kunnen worden ingegrepen in geval van geschillen. De procedure in kort geding is hiervoor niet geschikt omdat de geschillen daar te complex voor zijn, terwijl een bodemprocedure te lang duurt om soelaas te kunnen bieden. Recent onderzoek laat zien dat Nederlandse bedrijven verdere specialisatie van de overheidsrechtspraak op ingewikkelde terreinen, en met name ICT-geschillen, wenselijk achten. Rechters zouden te weinig begrijpen waar het in deze complexe geschillen echt om gaat, zie E.J.M. van Beukering-Rosmuller en P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht, Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, p. 18, onder verwijzing naar het onderzoek in voetnoot 37. Zie verder G. Brunt, Mediation; onbenut potentieel in outsourcing, *Computerrecht* 2005/33; Taeymans en Valgaeren, nr. 3, p. 6-7; en eerder in dezelfde zin M. Taeymans en E. Valgaeren, Mediation in ICT-geschillen na de Belgische wet van 21 februari 2005, *Computerrecht* 2006, p. 89-90; E. Jacobs, Mediation as Alternative Dispute Resolution in the European ICT-sector, *Journal of Internet Banking and Commerce*, 2006, vol. 11, no. 2, par. 3; en tot slot ook uitgebreid de SGOA-website, bijvoorbeeld www.ictconflict.nl/Default.aspx?tabid=496.
- [6] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 5, p. 14.
- [7] Zie www.sgoa.org/diensten/verstandig-oplossen.aspx, waar wordt aangegeven dat van de honderden mediations die inmiddels hebben plaatsgevonden tot nu toe meer dan 95% met succes (d.w.z. met een getekende vaststellingsovereenkomst) is afgesloten.
- [8] Art. 7 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* L136/3; *Mediationrichtlijn*); A.V.T. de Bie, 'De moeizame implementatie van de Europese Mediationrichtlijn', *EB* 2012/59.
- [9] Zie art. 7(1) Mediationrichtlijn. Zie hierover nader par. 1.3.
- [10] Art. 1 lid 2 Mediationrichtlijn. Zie over de implementatie van de Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht waarbij telkens ook mediation bij de SGOA wordt betrokken: Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 5. Zie verder: A.V.T. de Bie, 'De moeizame implementatie van de Europese Mediationrichtlijn', *EB* 2012/59, p. 163-165; en over de implementatie van de Mediationrichtlijn in de diverse EU-lidstaten: H. Verbist, Omzetting van de Europese Richtlijn 2008/52/EG inzake bemiddeling/mediation in de lidstaten van de Europese Unie: een eerste evaluatie, *TMD* 2011/4, p. 6-37. Verbist (p. 18-19) geeft aan dat bijv. Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk en België ervoor hebben gekozen de implementatie van de richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende mediations, en landen zoals Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk dezelfde keuze als Nederland hebben gemaakt.
- [11] Art. 7 Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen bepaalt dat deze in werking treedt met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. De wet is geplaatst in *Stb.* 2012, 570 van 20 november 2012.

- [12] Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 320, nr. 1-5; *Kamerstukken I* 2012/13, 33 32020, A-E.
- [13] Wetsvoorstel 32 555, Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 1-7; *Kamerstukken I* 2010/11, 2011/12, 2012/13, 32 555, A-G. De minister heeft bij brief van 13 mei 2013 dit wetsvoorstel ingetrokken.
- [14] Zie voor een uitgebreid overzicht van de wetsgeschiedenis en de verwachte ontwikkelingen: Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 12.
- [15] De regering heeft aangegeven dat naar verwachting begin 2013 het Wetsvoorstel ter kwaliteitsborging van mediators ter advisering aan de Raad van State kan worden aangeboden, zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32 555, G (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 3.
- [16] Het initiatiefwetsvoorstel is in het vooruitzicht gesteld door VVD-Kamerlid G.A. van der Steur tijdens het Kamerdebat van 14 juni 2011, zie handelingen 2010/11, nr. 92, item 27.
- [17] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 122, nr. 2. Deze nota werd in consultatie gebracht tot eind januari 2012.
- [18] Er zijn drie initiatiefwetsvoorstellen: 1. Wet registermediator; 2. Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht; 3. Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, allen te vinden op www.internetconsultatie.nl. Indien hierna wordt gerefereerd aan het Voorontwerp ziet dat op het tweede voorontwerp, nl. de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht. Zie hierover ook www.recht.nl.
- [19] Zie over de Initiatiefnota Mediation ook Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 12.
- [20] Art. 430 jo. 156 Rv.
- [21] Zie nr. 10.
- [22] Zie E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: SDU 2011, § 5.1; en A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2012, p. 31 en de verdere literatuur genoemd in voetnoot 16.
- [23] Zie nr. 10 en verder Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 51 onder verwijzing naar de in voetnoot 181 genoemde literatuur.
- [24] HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen.
- [25] Zie overweging 23 en art. 7 Mediationrichtlijn.
- [26] Art. 1728 Gerechtelijk Wetboek, ook in de mediationovereenkomst dient verplicht in vertrouwelijkheid te worden voorzien; zie art. 1731par. 2 Gerechtelijk Wetboek. Zie over de vertrouwelijkheidsbepaling in Belgisch recht uitgebreid Taeymans en Valgaeren, nr. 5, p. 92. Zie voor Duitsland: art. 4 Mediationsgesetz en voor Frankrijk: art. 1531 jo. 131-14 Code de procédure civile.
- [27] Schutte en Spierdijk 2011, nr. 22, p. 84-85.
- [28] Zie www.nmi-mediation.nl.
- [29] Het NMI Mediation Reglement 2008 is te vinden op www.nmi-mediation.nl/over_mediation/nmi_reglementen_en_modellen/nmi_mediation_reglement_2008.php (**NMI-reglement**).
- [30] Zie art. 2.6 NMI-reglement. Zie verder (Bijlage 4 bij het NMI-reglement voor) de NMI-Modelmediationovereenkomst (2008), waarvan art. 2.1 bepaalt dat een kopie van het NMI-reglement aan de mediationovereenkomst is gehecht en integraal onderdeel van de mediationovereenkomst uitmaakt.
- [31] A.H. Santing-Wubs, nr. 22, p. 34 en de verdere literatuur genoemd in voetnoot 23.
- [32] Zie Bijlage 4 bij het NMI-reglement voor de NMI-Modelmediationovereenkomst (2008), art. 4.
- [33] Zie bijv. art. 7 NMI-reglement en art. 8.2 SGOA-reglement.
- [34] HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.
- [35] HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.4.
- [36] Nr. 2.12 concl. A-G Wesseling-van Gent bij HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen.
- [37] HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.
- [38] HR 10 april 2009, *LJNB* 9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

- [39] HR 10 april 2009, *LJN BG9470*, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.6.2.1. Het verschoningsrecht, dat in bijzondere gevallen wordt toegekend als uitzondering op de getuigplicht, verleent een getuige in een procedure het recht om te weigeren te antwoorden op (bepaalde) vragen. Zie Van Nispen, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 165 Rv, aant. 1, 2012.
- [40] HR 10 april 2009, *LJN BG9470*, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.6.2.3. Zie hierover uitgebreid Santing-Wubs, nr. 22, p. 47-50.
- [41] Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 109.
- [42] G.R. Rutgers, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer, artikel 153 Rv, aant. 3, 2012; D.J. Beenders, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 153 Rv, aant. 3.
- [43] A.H. Santing-Wubs, 'Mediation: hoe ver gaan de vrijwilligheid en de vertrouwelijkheid?', *EB* 2008/51, p. 119-123.
- [44] Zie art. 7 Mediationrichtlijn.
- [45] Zie Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 52-53 onder verwijzing naar de in voetnoot 187 genoemde literatuur.
- [46] Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7 en Santing-Wubs, nr. 22, p. 112. Het Voorontwerp bevat in art. III F een vergelijkbare bepaling (nieuw toe te voegen lid in art. 165 Rv), die echter het verschoningsrecht lijkt toe te kennen niet alleen aan de mediator, maar ook aan 'een ieder die bij de mediation is betrokken', hetgeen ook partijen zelf lijkt te omvatten.
- [47] Zie art. 7 lid 2 Mediationrichtlijn.
- [48] Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 20. Zie Schutte en Spierdijk 2011, nr. 22, p. 86 en (onder verwijzing naar Schutte en Spierdijk) Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 63.
- [49] Zie art. II Voorontwerp, waar een nieuw art. 424a lid 4 Rv wordt voorgesteld.
- [50] De landen die de Mediationrichtlijn ook voor nationale geschillen hebben ingevoerd, kennen een verschoningsrecht voor mediators. Zie voor België art. 1728 Gerechtelijk Wetboek.
- [51] Art. 1728 Gerechtelijk Wetboek respectievelijk art. 4 Mediationgesetz.
- [52] Art. 1731 par. 1 Gerechtelijk Wetboek.
- [53] Art. 1731 par. 2 Gerechtelijk Wetboek vereist opname in de bemiddelingsovereenkomst van: naam en woonplaats van de partijen en hun raadslieden; naam, hoedanigheid en woonplaats van de bemiddelaar(s) alsook hun eventuele erkenning; bevestiging van het principe dat de mediation op vrijwillige basis geschiedt alsook van het principe dat de mediation op vertrouwelijke basis geschiedt; de honoreringsafspraken; een korte karakterisering van het geschil; en ondertekening van de bemiddelingsovereenkomst door partijen en de bemiddelaar(s).
- [54] Art. 1531 jo. 131-14 Code de procédure civile.
- [55] Zie art. 7.1 en 7.2 NMI-reglement.
- [56] Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 2011, *RCR* 2011/71, r.o. 2.2.
- [57] Nr. 2.12 concl. A-G Wesseling-van Gent bij HR 10 april 2009, *LJN BG9470*, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen; Rb. 's-Gravenhage 26 januari 2011, *RCR* 2011/71, r.o. 4.6.
- [58] Te vinden op www.sgoa.org/sgoa/ICTmediationreglement.pdf.
- [59] Zie art. 2.6 NMI-reglement.
- [60] Dit is gebaseerd op onze ervaringen als mediator in SGOA-mediations.
- [61] Zo voorziet de brancheorganisatie voor ICT-bedrijven 'Nederland ICT', in haar model algemene voorwaarden (die door veel ICT-bedrijven worden toegepast), in een mediationclausule (art. 16.4), waarbij de contractpartijen bij voorbaat overeenkomen een toekomstig geschil aan mediation conform het SGOA-reglement te onderwerpen, te vinden op: www.nederlandict.nl/Files/TER/Module_Algemeen_spec.pdf.
- [62] Zie nr. 27.
- [63] HR 10 april 2009, *NJ* 2010/471, *LJN BG9470*, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.4.
- [64] Zie nr. 55 voor tekst van art. 7.1-7.3 NMI-reglement.
- [65] Art. 6.1 NMI-reglement.
- [66] Zie hierover bijv. M. Brink: 'Verplichtstelling' van mediation?, *NJB* 2011/1998, afl. 39, p. 2652-2657.
- [67] Zie Schutte en Spierdijk 2011, nr. 22, p. 71-73. Zie verder Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr.

- 10, p. 24, die opmerken dat het recht op voortijdige beëindiging van mediation ook in veel mediationreglementen is verankerd.
- [68] HR 20 januari 2006, *LJN* AU3724, *NJ* 2006/75, r.o. 3.4. I.J. Pieters, noot onder HR 20 januari 2006, *FJR* 2006/70.
- [69] Nr. 16 concl. A-G Huydecoper bij HR 20 januari 2006, *LJN* AU3724, *NJ* 2006/75.
- [70] HR 14 april 2006, *RvdW* 2006/394; HR 27 juni 2008, *RvdW* 2008/688; HR 8 mei 2009, *RvdW* 2009/614.
- [71] Zie Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *LJN* AF5797, *NJ* 2003/87, r.o. 5, waarin sprake was van een mediationclausule in een arbeidscontract, en Rb. Haarlem 4 juni 2002, *LJN* AQ2615, r.o. 4.4 en 4.5, waarin wederom sprake is van twee particulieren, wordt door de rechter overwogen dat mediation uitgaat van de vrijwilligheid van partijen en dat een partij zich kan terugtrekken uit de mediation om zich alsnog tot de rechter te wenden.
- [72] Santing-Wubs, nr. 43 en 119.
- [73] Santing-Wubs, nr. 43 en 121.
- [74] P. van Schelven, 'Mediationafspraken: wél of niet juridisch afdwingbaar?', *TMD* 2004/4, p. 100.
- [75] Santing-Wubs, nr. 43, p. 121.
- [76] Van Schelven, nr. 74, p. 100.
- [77] Van Schelven, nr. 74, p. 101.
- [78] Te vinden op: www.nederlandict.nl/Files/TER/Module_Algemeen_spec.pdf.
- [79] Zie art. 16.4 ICT-Office Voorwaarden 2009 dat bepaalt dat de wederpartij zich verplicht 'actief deel te nemen aan een aanhangig gemaakte ICT-mediation, tot welke rechtens afdwingbare verplichting in ieder geval behoort het bijwonen van tenminste één gezamenlijke bespreking van mediators en partijen, teneinde deze buitengerechtelijke vorm van geschiloplossing een kans te geven. Het staat elk der partijen vrij om op elk moment na een gezamenlijke eerste bespreking van mediators en partijen de procedure van ICT-Mediation te beëindigen[...]'.
- [80] Zie Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 72-73, onder verwijzing naar de in voetnoot 183 opgenomen literatuur en verder p. 81.
- [81] De desbetreffende clausule verwees naar de procedure van 'minitrial' bij de SGOA zoals deze van toepassing was tot begin 2003. Vanaf begin 2003 hanteert men bij de SGOA de daarvoor meer geëigende term 'ICT-mediation'. Inhoudelijk wordt er niet iets anders bedoeld. Zie in die zin ook Peter van Schelven, 'Mediationregeling in IT-contract gepasseerd. De procesrechtelijke sanctie volgens de rechtbank Arnhem', *TMD* 2004/2, p. 40. Zie verder Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 73.
- [82] Zie nr. 72.
- [83] HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-317/08-320/08 (*Alassini c.s./Telecom Italia SpA c.s.*); zie P.A. Wackie Eysten, 'Het HvJ EU over verplichte buitengerechtelijke geschiloplossing (Alassini-Telecom (Italia))', *TvA* 2011/8.
- [84] Art. 5(2) Mediationrichtlijn.
- [85] Art. 8(1) Mediationrichtlijn.
- [86] Zie Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 68-69 en 80.
- [87] Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 4.
- [88] Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage-137548, p. 11; *Kamerstukken I* 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 6.
- [89] Zie Initiatiefnota Mediation, nr. 17, onder punt 4.3. Zie verder het in art. III A Voorontwerp voorgestelde nieuwe art. 22a lid 2 Rv.
- [90] Art. 1725 Gerechtelijk Wetboek; zie hierover uitgebreid Taeymans en Valgaeren, nr. 5 p. 91.
- [91] Zo is het Bundesgerichtshof van oordeel dat een mediationclausule tijdelijk de mogelijkheid om te procederen terzijde stelt. Omdat de mogelijkheid te procederen slechts tijdelijk terzijde wordt gesteld is er volgens het Bundesgerichtshof geen strijd met constitutioneel recht, zie Bundesgerichtshof 18 november 1998, *BGH* VIII ZR 344/97. In Frankrijk wordt dit aangenomen op grond van het beginsel vastgelegd in art. 1134 Franse Code Civil, dat overeenkomsten tussen partijen bindend zijn en ter goeder trouw dienen te worden uitgevoerd.
- [92] Art. 1730 par. 2 Gerechtelijk Wetboek.

- [93] Art. 1730 par. 3 Gerechtelijk Wetboek.
- [94] Art. 1731 par. 3 Gerechtelijk Wetboek.
- [95] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 68.
- [96] Zie art. 4.4 NMI-reglement.
- [97] Zie art. I A Voorontwerp dat voorstelt aan art. 316 Rv een nieuw lid toe te voegen. De Duitse wet geeft de mediator slechts de mogelijkheid om de mediation te beëindigen als partijen niet communiceren, aan te bevelen is hiervan een verplichting te maken, zie art. 2 lid 5 Mediationsgesetz.
- [98] Zie het in deze paragraaf geciteerde art. 6 Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen en verder art. I B Voorontwerp, dat bepaalt dat door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met aanvang van de dag volgend op de dag waarop de mediation is geëindigd doordat de mediationovereenkomst is beëindigd **of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling van betekenis is verricht**. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn, doch belooft ten hoogste drie jaar. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.
- [99] Art. 1734 par. 2 jo. 3 Gerechtelijk Wetboek.
- [100] Taeymans en Valgaeren nr. 5, p. 95.
- [101] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 18, vermelden in voetnoot 34 dat de gemiddelde looptijd van SGOA-mediations twaalf weken is. Indien dit zo is, is dit zonder meer een acceptabele doorlooptijd.
- [102] Van Schelven, nr. 81, p.40; Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 71. Santing-Wubs, nr. 22, p. 90, is een andere mening toegedaan, die acht een mediationclausule noch een basis voor onbevoegdheid van de rechter noch voor niet-ontvankelijkheid.
- [103] Volgens art. 1025 lid 3 Rv kunnen partijen overeenkomen dat, in geval van een arbitraal beding, de arbitrage op een door hen bepaalde wijze aanhangig gemaakt wordt. Er kan in het beding dan worden verwezen naar het SGOA-arbitragereglement.
- [104] Zie in dezelfde zin art. 9 NMI-reglement.
- [105] Zie art. 4.4 NMI-reglement.
- [106] Zie in die zin ook art. I A Voorontwerp dat voorstelt aan art. 316 Rv een nieuw lid toe te voegen dat bepaalt dat als na zes maanden geen handelingen van betekenis in de mediation zijn verricht, de mediator de mediation door schriftelijke kennisgeving aan de betrokken partijen dient te beëindigen.
- [107] Zie in die zin ook art. I B Voorontwerp, dat bepaalt dat door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met aanvang van de dag volgend op de dag waarop de mediation is geëindigd doordat de mediationovereenkomst is beëindigd **of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling van betekenis is verricht**. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn, doch belooft ten hoogste drie jaar. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.
- [108] Zie over de mogelijkheden en de moeilijkheden bij het verkrijgen van een executoriale titel Schutte en Spierdijk 2011, nr. 22, p. 126-128.
- [109] Art. 430 jo. 156 Rv.
- [110] Een zogenaamd 'Anwaltsvergleich', zie par. 794.1.4b en par. 796a-796c Zivilprozessordnung. Zie voor dit voorbeeld en ook andere mogelijke oplossingen Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 46.
- [111] Art. 87 lid 3 Rv.
- [112] Art. 4 Wet mediation in grensoverschrijdende geschillen.
- [113] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 47.
- [114] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 46.
- [115] Zie art. 1733 en 1736 Gerechtelijk Wetboek. Zie hierover Taeymans en Valgaeren, nr. 5, p. 11; en Taeymans en Valgaeren, nr. 5, p. 93.
- [116] Art. 1534-1535 Code Procedure Civile.

- [117] Art. 794 lid 1 onder 1 Zivilprozessordnung.
- [118] Art. 796a en 796b Zivilprozessordnung.
- [119] Art. 796b Zivilprozessordnung.
- [120] Art. 797a lid 4 Zivilprozessordnung.
- [121] Zie punt 4.5 Initiatiefnota Mediation. Zie verder art. III D Voorontwerp, waar een nieuw art. 96b lid 1 Rv wordt voorgesteld.
- [122] Zie nr. 111.
- [123] Zie www.nai-nl.org/.
- [124] Te downloaden via www.nai-nl.org/nl/info.asp?id=249.
- [125] Zie art. 8 NAI-reglement.
- [126] Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven, nr. 10, p. 46, in bijzonder de in voetnoot 159 genoemde literatuur.